

VU Research Portal

De onverdiende gouden handdruk

van den Heuvel, L.H.

published in

Arbeidsrechtelijke annotaties
2003

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van den Heuvel, L. H. (2003). De onverdiende gouden handdruk. *Arbeidsrechtelijke annotaties*, 3, 22-42.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De onverdiende gouden handdruk. Over deficiënties in het ontslagrecht

L.H. van den Heuvel*

1 Inleiding

‘De voortdurende problemen bij de divisie logistiek van post-express- en logistiekconcern TPG hebben geleid tot het vertrek van het Italiaanse bestuurslid Roberto Rossi.’ Aldus *NRC Handelsblad* 4 augustus 2003. De krant meldt verder in het bericht onder meer:

‘Gaande man Rossi krijgt, volgens oude afspraken, een “vertrekvergoeding” van bijna twee miljoen euro. Bestuursvoorzitter Bakker noemde het bedrag “natuurlijk veel geld, vooral als je een bedrijf verlaat”, maar wees erop dat TPG het uit 1991 stammende contract van Rossi met het destijds zelfstandige TNT heeft te respecteren.’

Dit soort berichten valt de laatste tijd meer te lezen. Zo meldde (en oordeelde) het hoofdartikel in *NRC Handelsblad* 5 september 2003:

‘De nieuwe bestuursvoorzitter van Ahold, Anders Moberg, blijkt de komende twee jaar minimaal 6 miljoen euro te gaan verdienen. Hij heeft al een pakket aandelen en opties. Bij vertrek krijgt hij 10,5 miljoen mee, of hij nu goed zijn best doet of een wanprestatie levert. Ondernemersrisico heeft hij niet. Moberg is geen ondernemer, maar een manager. Managers zijn vervangbaar, hoe goed ze ook zijn, en hoeven niet tot in de derde generatie financieel onafhankelijk te worden gemaakt. Er is niets tegen een topinkomen, maar een vertrekpremie moet afhankelijk zijn van de geleverde prestatie.’¹

* Hoogleraar sociaal recht VU.

1 Latere berichtgeving duidt erop dat de beloning en de vertrekpremie van Moberg (meer) prestatieafhankelijk zijn gemaakt.

Het roept ook de vraag op hoe het gesteld is met de regelgeving rond de contractuele gouden handdrukken. In het navolgende ga ik op deze vraag in, waarbij ik mij overigens niet beperk tot de gouden handdruk van de statutair bestuurder. Ik maak onder meer aannemelijk, dat Moberg bij tekortkoming in de nakoming van zijn arbeidsovereenkomst (verder: wanprestatie) toch niet zeker kan zijn van de afgesproken vertrekpremie.

De relatie van een statutair bestuurder met zijn werkgever, de naamloze vennootschap, is een tweeledige. Enerzijds is hij lid van het bestuur en zijn op hem van toepassing de voorschriften uit artikel 2:129 BW en volgende, anderzijds is hij 'gewoon' werknemer en valt hij bijna volledig onder artikel 7:610 BW en volgende.² Dat roept de vraag op langs welke weg de wanprestatie van de topmanager moet worden benaderd, langs de weg van Boek 2 BW, dat voorschriften bevat voor bepaalde situaties zoals jaarrekening en faillissement, of langs de weg van boek 7 BW, de wet op de arbeidsovereenkomst. In het navolgende beperk ik mij tot het bespreken van arbeidsrechtelijke gevolgen van het wanpresteren van de topmanager.

Disfunctioneren van de bestuurder van een onderneming is in de regel voor de onderneming een kostbare aangelegenheid. In de eerste plaats lijdt zij schade door de wanprestatie zelf, vervolgens moet zij na op non-actiestelling van de bestuurder een dure interim-bestuurder aanstellen en een nieuwe bestuurder rekruteren en inwerken, ten slotte dient zij een beëindigingsvergoeding te betalen.

Bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst maken werkgever en statutair bestuurder soms afspraken omtrent geldelijke en andere vergoedingen. Een populaire benaming daarvan is 'golden parachute'. Daarnaast komen werkgever en werknemer bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst vaak een vertrekpremie, of gouden handdruk, overeen.³ Dat topmanagers die proberen overeen te komen, is begrijpelijk. Topmanagers lopen het risico zonder veel plichtplegingen aan de kant te worden gezet. De preventieve ontslagtoetsing krachtens artikel 6 jo. artikel 9 BBA 1945 geldt voor hen niet en na ontijdig of kennelijk onredelijk ontslag missen zij de mogelijkheid herstel van de arbeidsovereenkomst te vorderen (art. 2:134 lid 3 BW). Hun afbreuk-

2 Zie voor een overzicht van verschillende opvattingen omtrent de ondergeschiktheid van statutair bestuurders L.G. Verburg, *De statutair directeur in het jaar 2002*, ArbeidsRecht 2003/4, p. 21-25.

3 Een vertrekregeling, vertrekpremie of gouden handdruk betreft een contractuele voor de opzegging geldende bepaling. Voor opzegging geldende bepalingen zijn niet slechts bepalingen die de opzegging zelf regelen maar ook die welke in verband daarmee staan. De financiële afregeling van een al dan niet gedwongen vertrek uit de functie behoort naar mijn oordeel daartoe.

risico is navenant groot.⁴ Zij zullen zich daartegen willen wapenen door hun vertrekpremie vooraf te regelen. Dat commissarissen instemmen met bedragen als die waarvan hierboven sprake is, is bedenkelijker. Dit zijn geen voorzieningen meer zoals die welke de rechter treft als hij vergoedingen toekent in gevallen dat het ontslag eigenlijk niet had mogen plaatsvinden. Bedragen van deze omvang zijn geen parachutes meer voor een veilige landing, gevolgd door een zoektocht naar de volgende arbeidsovereenkomst, maar vliegtuigen naar een financieel onbezorgde toekomst tot in de derde generatie.

De wet maakte aan dergelijke afspraken in artikel 7:677 (oud) BW altijd maar weinig woorden vuil omdat een en ander berust op de contractsvrijheid van partijen. Sedert op 1 januari 1999 de Flexwet werd ingevoerd besteedt de wet er thans in artikel 7:677 lid 1 BW in het geheel geen aandacht meer aan. De vraag is, wat er gebeurt als de werkgever de afspraak niet nakomt. De werkgever kan daartoe besluiten bijvoorbeeld in het geval dat hij oordeelt, dat de werknemer niet naar behoren gepresteerd heeft. Vaak, zoals in het geval van TPG, wordt verondersteld, dat aan dergelijke afspraken niet meer te tornen valt en topmanagers krijgen dan de enorme bedragen mee die zij tevoren hebben afgesproken, ook al hebben zij er weinig of niets van terecht gebracht.

2 De gouden handdruk

Partijen bij de arbeidsovereenkomst kunnen een vertrekpremie met elkaar afspreken. In de wandeling wordt die vaak een gouden handdruk genoemd. In de regel zullen slechts zij in staat zijn een gouden handdruk overeen te komen, wier onderhandelingspositie sterk is. Veelal zal dit hoger personeel betreffen. In deze vertrekpremie zal veelal het mogelijk niet in acht nemen van een opzegtermijn verdisconteerd zijn. Tot op zekere hoogte zijn afvloeiingsregeling en vertrekpremie namelijk communicerende vaten. Hoe royaler de opzegtermijn, hoe minder behoefte er zal bestaan een deficiëntie te dien aanzien in een vertrekpremie te verdisconteren. De commissie-Tabaksblat, die een concept heeft opgesteld voor een Nederlandse corporate governance code, stelt voor de vertrekpremie van bestuurders van beursgenoteerde rechtspersonen te beperken tot maximaal één jaar salaris.⁵ Op het gevaar af appels met peren te vergelijken, stel ik vast dat die altijd nog aanzienlijk meer is dan de wettelijke opzegtermijn voor (gewone) vertrekkende

4 Naar mijn oordeel zijn afbreukrisico en wanprestatie evenwel twee verschillende dingen.

5 'De hoogte van een ontslagvergoeding voor een bestuurder bedraagt niet meer dan éénmaal het jaarsalaris.' Aldus concept De Nederlandse corporate governance code, p. 10 (Commissie-Tabaksblat).

werknemers. Die bedraagt namelijk krachtens artikel 7:672 lid 2 sub d BW maximaal vier maanden en dan alleen nog maar na een dienstbetrekking van 15 jaar. Van die vier maanden kan bovendien nog één maand worden afgetrokken, indien de CWI-ontslagvergunningenprocedure is gevolgd (art. 7:672 lid 4 BW). Ontbinding met toekenning van een ontbindingsvergoeding krachtens de kantonrechttersformule levert de werknemer vaak meer op, onder meer omdat deze vergoeding mede betrekking heeft op de gevolgen van het verlies van de dienstbetrekking die gelegen zijn na afloop van de periode die kan worden toegerekend aan de opzeggingstermijn. Deze combinatie maakt het ontslagrecht overigens fors duurder.⁶

De gouden handdruk is de laatste tijd weer veel in het nieuws in verband met de hoge beloningen die (al dan niet falende) topmanagers incasseren. Deze topmensen zijn voor het arbeidsrecht gewone werknemers.⁷ De commissie-Tabaksblat stelt voor dat te veranderen. Het arbeidsrecht kent tot nu toe geen onderscheid tussen hoog en laag en is van toepassing op alle werknemers. Het is verleidelijk om de verbazingwekkende en in de ogen van velen misplaatste denivellering van de laatste jaren in de beloningen van statutair bestuurders aan te grijpen om bij dat standpunt aan te haken. Ik voel die neiging maar ten dele. Statutair bestuurders zijn er in allerlei soorten en maten. Zij mogen niet over één kam geschoren worden.⁸ Dat de meeste bestuurders uiteindelijk ook maar gewone mensen zijn, die afhankelijk zijn van wat zij met hun arbeid verdienen, wordt duidelijk uit de tactische opstelling die bestuurders en hun advocaten nogal eens kiezen na het Levison/MAB-arrest betreffende de toepasselijkheid op statutair bestuurders van het ontslagverbod tijdens ziekte.⁹ Ook zij willen nog wel eens ziek

6 C.G. Scholtens, Kennelijk-onredelijk ontslagvergoedingen 1992-2001, verschil moet er zijn (?), *ArbeidsRecht* 2002/11, p. 3-14, i.h.b. p. 10; A.M. Luttmer-Kat, De rechtsgrond van (forfaitaire) ontslagvergoedingen, *SMA* 1999/10, p. 435-441.

7 Ook al is de ondergeschiktheid voor de statutair bestuurder geen dagelijkse werkelijkheid, zij komt pregnant naar voren als ontslag binnen de horizon komt. Zie in dit verband de reacties op de stelling 'Bestuurders van vennootschappen dienen geen werknemers te zijn' (suggestie rapport-Tabaksblat) van R.S. van Coevorden & E.J. Henrichs, J.H. Even, P.F. van der Heijden, J.B. Huizink en A.T.J.M. Jacobs, *NJB* 2003, p. 1761-1763. Zie ook I.P. Asscher-Vonk, Tabaksblat: corporate governance en het arbeidsrecht, *SMA* 2003/10 p. 421-426, en de bijdrage van Huizink in dit nummer van ARA.

8 R.S. van Coevorden & E.J. Henrichs, De geest uit de fles, *SR* 2003-9, p. 255-257, suggereren voor onderneming en statutair bestuurder de mogelijkheid van een 'opting out' uit het arbeidsrecht ten gunste van de overeenkomst van opdracht. Zie ook het 'van dik hout zaagt men planken' in de discussie over de stelling dat vennootschapsbestuurders geen werknemers dienen te zijn, in *NJB* 2003, p. 1761-1763. Ik kan mij goed vinden in de voorzichtige en genuanceerde benadering van E.S. de Bock, Ontslag van statutair bestuurders, *SMA* 2002/10, p. 503-513.

9 HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 665, *JAR* 1992/133 (Levison/MAB). Verschillende rechters schijnen overigens de regeling van art. 7:670 lid 1 onder b BW naar analogie toe te passen op de statutair bestuurder (Pres. Rb. Breda 15 februari 2000, *JAR* 2000/76, Hof 's-Hertogenbosch 19 april 2000, *JAR* 2000/135).

worden nadat zij hebben vernomen van hun voorgenomen ontslag.¹⁰ Aan de arbeidsrechtelijke status van de bestuurder als werknemer doet niet af, dat voor statutair bestuurders ook regelingen uit Boek 2 BW (rechtspersonen) van toepassing zijn omdat zij naast hun arbeidsovereenkomst ook een functionele rechtsbetrekking met de onderneming hebben.

De afspraak met betrekking tot de vertrekpremie kan worden gemaakt als het vertrek aanstaande is maar ook al eerder. De gouden handdruk betreft een contractuele ontslagregeling, waarop het ontslagrecht van toepassing is. Ik ga er daarom van uit, dat als er een conflict ontstaat met betrekking tot de overeengekomen vertrekregeling, dat in beginsel binnen het ontslagrecht zal moeten worden opgelost. Zie HR 20 maart 1992, NJ 1992, 495 (Nedlloyd/Bras Monteiro, ontslagrechtstelsel sluit beroep op openbare orde en goede zeden uit). Onder bepaalde omstandigheden staat de Hoge Raad toe om oplossingen buiten het ontslagrecht te zoeken. Dit betreft gevallen waarin het ontslagrecht geen oplossing biedt voor het gerezen probleem. Voorbeelden hiervan zijn HR 13 januari 1995, JAR 1995/35 (opzegging tijdens de proeftijd kan onrechtmatig zijn), HR 1 december 1989, NJ 1990, 451 (Deuss/Motelmaatschappij Holland, actie uit wanprestatie mogelijk na ontbinding om dringende reden),¹¹ HR 6 maart 1992, NJ 1992, 10 en NJ 1992, 509 (Mungra/Van Meir, ontbindende voorwaarde moet passen bij het ontslagrecht) en HR 3 december 1999, NJ 2000, 235 (Pratt & Whitney, onrechtmatige daadsactie mogelijk als feiten daartoe op zich aanleiding geven). In het navolgende onderzoek ik of de oplossing voor een conflict rond de contractuele gouden handdruk ook daadwerkelijk binnen het ontslagrecht kan worden gevonden.

3 Ontslag op staande voet (onverwijld opzegging) om een dringende reden

De werkgever die zich geconfronteerd ziet met de wanprestatie van een topmanager zou kunnen besluiten te reageren met een ontslag op staande voet om een dringende reden. Indien de toestand waarin de onderneming is komen te verkeren daartoe aanleiding geeft, zal hij de objectieve en subjectieve dringendheid van de ontslagreden te stellen en bij betwisting te bewijzen hebben. In de regel zal dat geen gemakkelijke opgave zijn. Slaagt de

10 Art. 2:117 lid 4 BW kent bestuurders en commissarissen een raadgevende stem toe in de aandeelhoudersvergadering. Deze bevoegdheid is niet op hun eigen belang gericht maar op dat van de vennootschap. Evenwel zal de redelijkheid en billijkheid waarmee de rechtspersoon en de statutair bestuurder zich krachtens art. 2:8 BW ten opzichte van elkaar behoren te gedragen meebrengen, dat de bestuurder van (de agendering van) zijn voorgenomen ontslag tijdig op de hoogte wordt gesteld. Zie Verburg, De statutair directeur in het jaar 2002, p. 21-25.

11 In het navolgende (par. 8) zal ik aangeven dat naar mijn oordeel de Hoge Raad hier te snel naar een oplossing buiten het ontslagrecht heeft gezocht.

werkgever daar evenwel in, dan is goed voorstelbaar, dat de werknemer zich niet slechts zijn vertrekpremie ontzegd ziet, maar dat hij ook nog eens gehouden is zijn werkgever de schade te vergoeden die door zijn opzet of grove schuld is ontstaan (art. 7:677 lid 3 BW). Het betreft immers een on'regel'-matig ontslag. Deze schadevergoeding is beperkt tot de gevolgen van het overtreden van de gestelde regels, in casu het te vroeg eindigen van zijn arbeidsovereenkomst, namelijk zonder inachtneming van de wettelijke en eventuele contractuele regels met betrekking tot tijdstip en termijn van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.¹² In het geval van een hoog gehonoreerde topmanager kan dit bedrag overigens fors oplopen. Daarnaast kan de werknemer aansprakelijk zijn wegens wanprestatie.¹³

4 Ontbinding wegens wanprestatie en kantonrechtersonbinding

De werkgever die wordt geconfronteerd met een wanpresterende topmanager kan besluiten de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie te laten ontbinden. Artikel 7:686 BW opent daartoe uitdrukkelijk de mogelijkheid. De werkgever zal de wanprestatie dan natuurlijk wel moeten stellen en, bij betwisting, bewijzen. Die bewijslast kan zwaar drukken maar, als de werkgever eenmaal in het bewijs is geslaagd, kan de wanprestatie niet slechts de overeengekomen vertrekvergoeding van tafel vegen maar zelfs de werknemer met een schadevergoedingsplicht opzadelen.

De werkgever kan zo schrikken van de puinhoop die hij aantreft en die hij de topmanager verwijt, dat hij de rechter om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt om een dringende reden en deswege schadevergoeding vordert. Daarvoor geldt hetgeen ik in de voorgaande paragraaf naar voren heb gebracht. In het arrest Deuss/Motelmaatschappij Holland heeft de Hoge Raad in een op zich mooi betoog over de ontwikkelingen in het ontslagrecht beslist, dat een ontbinding wegens een dringende reden gevolgd kan worden door een actie uit wanprestatie.¹⁴ Dit impliceert dat de afspraak omtrent de vertrekvergoeding onderuit kan gaan en dat de werknemer door zijn vroegere werkgever zelfs kan worden aangesproken wegens schadevergoeding. Aan deze vaststelling doet niet af hetgeen ik hierna, in paragraaf 8, zal opmerken omtrent de bezwaren die tegen de door de Hoge Raad gebezigde rechtsvinding kunnen worden ingebracht.

¹² HR 26 november 1976, NJ 1977, 268 (Starink/Meijer).

¹³ HR 1 december 1989, NJ 1990, 451 (Deuss/Motelmaatschappij Holland). Hier kreeg de werknemer de mogelijkheid van een actie uit wanprestatie. Mijns inziens komt een gelijke mogelijkheid m.m. de werkgever toe.

¹⁴ Zie voor de vindplaats noot 13. Zie voor mijn kritiek op dit arrest par. 8.

Aangenomen mag worden, dat indien een vertrekpremie wordt overeengekomen, er een voorbehoud wordt gemaakt dat er bij vertrek geen sprake mag zijn van wanprestatie of van een dringende reden. Het is mogelijk, dat de nood van de werkgever bij het aantreden van de topmanager zo groot is, dat hij een wurgcontract heeft moeten accepteren. Uit het voorgaande wordt duidelijk, dat ook zonder zodanig beding wanprestatie of dringende reden tot verval van rechten kan leiden. De vraag rijst dan wat de werkgever te doen staat indien dat wat hij de werknemer verwijt geen wanprestatie of dringende reden oplevert maar wel dicht daarbij in de buurt komt. Een dergelijk geval kan zich, naar het mij voorkomt, gemakkelijker voordoen dan zuivere wanprestatie of dringende reden.

De werkgever zou in zo'n geval kunnen terugvallen op een verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens veranderingen in de omstandigheden. De afspraak omtrent de beëindigingsvergoeding speelt daarbij dan wel een belangrijke rol, maar zij bindt de rechter niet bij de ontbinding noch bij het vaststellen van een eventuele ontbindingsvergoeding krachtens artikel 7:685 lid 8 BW.¹⁵ Is eenmaal een dergelijk traject ingezet, dan zal dit in de regel leiden tot het eindigen van de arbeidsrelatie. Daaraan doet niet af, dat de werkgever de mogelijkheid heeft zijn ontbindingsverzoek in te trekken omdat hij de vergoeding die de rechter wil gaan opleggen te hoog vindt. De verwijdering tussen deze werkgever en zijn topmedewerker heeft dan namelijk al plaats gevonden, een weg terug is er niet. Zelfs als de werkgever zijn verzoek zou intrekken, zal de werknemer zijnerzijds wel een verzoek indienen. De kantonrechter is dan weliswaar niet gehouden eenzelfde vergoeding toe te kennen als toen de werkgever het verzoek deed, maar ik stel mij voor dat hij dat in dergelijke gevallen veelal wel zal doen.

5 Opzegging

De werkgever kan er ook voor kiezen de arbeidsovereenkomst van de wanpresterende topmanager met inachtneming van de wettelijke regels inzake opzeggingstijdstip en -termijn op te zeggen maar de contractuele afspraak inzake een ontslagvergoeding niet na te komen. In dat geval kan de werknemer een poging doen om de werkgever aan de gemaakte afspraak te houden. Gelet op de inrichting van het burgerlijkrechtelijk ontslagrecht kan de werknemer daarbij twee kanten op. Het ontslag in strijd met de gemaakte afspraak kan (maar hoeft niet) kennelijk onredelijk (te) zijn. Het is in ieder geval on'regel'matig. Kennelijke onredelijkheid en onregelmatigheid hebben gemeen, dat zij beide uitwerkingen zijn van de idee, dat eenzijdige beëindi-

15 Rb. Alkmaar 24 april 2003, JAR 2003/161, ging bij het toekennen van de ontbindingsvergoeding voorbij aan de contractuele afvloeiingsregeling.

ging in beginsel geoorloofd is maar dat zij geen onrecht mag teweegbrengen. In het navolgende zal ik elk van deze beide mogelijkheden verder uitwerken.

6 Kennelijk onredelijk ontslag

Of een eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst onrecht mee-brengt, kan krachtens artikel 7:681 BW ter beoordeling aan de rechter worden voorgelegd, die het ontslag aan een marginale onredelijkheidstoetsing onderwerpt. Partijen kunnen daarop anticiperen en een gouden handdruk overeenkomen. Niet-nakoming daarvan leidt dan uiteraard tot on‘regel’matig ontslag, want zij is strijdig met de regels die partijen hebben afgesproken (zie hierna, onder par. 7). Maar de contractspartijen kunnen de afspraak omtrent de gouden handdruk ook aldus inrichten, dat ontslag zonder een overeengekomen afvloeiingsregeling kennelijk onredelijk zal zijn. Zo’n contractuele regeling is mogelijk, zegt de Hoge Raad in HR 23 mei 1980, NJ 1980, 502 (Nebig/Nolen) maar partijen kunnen daarbij de rechter niet binden aangezien artikel 7:681 BW van dwingend recht is. Ten onrechte leidt Grapperhaus uit dit arrest af dat altijd een rechterlijke matiging van de overeengekomen vertrekpremie mogelijk is.¹⁶ Dit is onjuist omdat de Hoge Raad, op aangeven van het cassatiemiddel, dit enkel heeft beslist voor de kennelijke onredelijkheidstoetsing. Bij een beroep op een forfaitaire regeling waarvan de overtreding de kwalificatie on‘regel’matigheid en de sanctie schadeplichtigheid oplevert, gelijk bij de contractuele vertrekpremie het geval is, ligt de mogelijkheid van een matiging door de rechter minder duidelijk (zie hierna, onder par. 7). Van dwingend recht kan niet bij (individuele of collectieve) arbeidsovereenkomst worden afgeweken. Hiertegen zou kunnen worden aangevoerd, dat de ratio van dwingend recht in het algemeen de bescherming van de werknemer als de in de regel zwakste contractspartij is en dat dus een gouden handdruk voor de werknemer de rechter wel zou kunnen binden. Daartegen kan weer worden ingebracht, dat een werknemer die een gouden handdruk weet te contracteren kennelijk zo schaars en gewild is, dat hij niet de zwakste partij is: hier is de werkgever beschermwaardig. Hoe dit ook zij: van belang is hier, dat dwingend recht betekent, dat de rechter vrij is in zijn oordeel. De afspraak inzake de gouden handdruk zal wel het oordeel van de rechter kunnen beïnvloeden.¹⁷ Maar dat kan het niet nakomen van die afspraak en de redenen die de werkgever daarvoor heeft natuurlijk ook.

16 F.B.J. Grapperhaus, ‘For God’s sake, look after our people’. Over vertrekregelingen van bestuurders, *Ondernemingsrecht* 2003-8, p. 283-284; F.B.J. Grapperhaus, De positie van de bestuurder van de Nederlandse beursvennootschap, *Ondernemingsrecht* 2003-11, p. 416-422.

17 HR 7 april 1995, NJ 1995681, JAR 1995/98 (Staten Bank/Fiet).

Sanctie bij kennelijk onredelijk ontslag: schadevergoeding ter discretie van de rechter

Bij kennelijke onredelijkheid is het aan de rechter om een schadevergoeding toe te kennen. Tegenwoordig niet meer 'naar billijkheid', omdat het BW dat begrip reserveert voor vergoeding van immateriële schade, maar de rechter heeft toch zijn grote vrijheid terzake behouden. Die vrijheid van de rechter is noodzakelijk onder meer omdat de kennelijke onredelijkheid betrekking kan hebben op de gevolgen van het ontslag. Die liggen in de toekomst en zijn dus moeilijk te bepalen (zie voor een soortgelijke bevoegdheid van de rechter bij de ontbinding art. 7:685 lid 8 BW). De vrijheid van de rechter is dan ook (in de eerste plaats) niet voor de rechter bedoeld maar heeft met name ten doel de rechter in de gelegenheid te stellen de eisende partij (bij art. 7:685 lid 8 BW: de verzoekende partij) te hulp te komen. Bij een kennelijke onredelijkheidsactie is dat in de regel de werknemer. Maar ook de wederpartij, meestal de werkgever, kan er onder omstandigheden van profiteren. Bijvoorbeeld in het geval dat de zaken niet zwart/wit liggen en de werknemer ook het een en ander verweten kan worden. De werknemer die aldus de overeengekomen gouden handdruk claimt, dient hier te bedenken dat de rechter niet aan de partijafpraak gebonden is en zich gelegen kan laten liggen aan wat de werkgever aan harde feiten aanvoert omtrent zijn disfunctioneren. Die feiten kunnen de glans van de oorspronkelijk gouden handdruk aanzienlijk doen verbleken. Een en ander maakt het voor de statutair bestuurder of andere topmanager die met achterlating van een puinhoop vertrekt, weinig aantrekkelijk om zijn werkgever die weigerachtig is om de afspraak omtrent de gouden handdruk na te komen, te bestoken met een actie uit kennelijk onredelijk ontslag.

7 Onregelmatig ontslag

De andere weg die voor de ontslagen werknemer openstaat is, dat hij de on'regel'matigheid van het in strijd met de afspraak gegeven ontslag aanvoert. De onregelmatigheid is een forfaitaire uitwerking van het uitgangspunt van de wet, dat ontslag geen onrecht mag zijn. Die uitwerking kan door de wetgever zijn gegeven, bijvoorbeeld door de wettelijke voorschriften met betrekking tot tijdstip en termijn voor de opzegging of door de wettelijke opzeggingsverboden, maar ook door partijen zelf, bijvoorbeeld door een afspraak omtrent een gouden handdruk. Bewandelt de werknemer de weg van de onregelmatigheid, dan lijkt de afgesproken gouden handdruk op het eerste gezicht onaantastbaar. Afspraak is afspraak en handelen in strijd daarmee onregelmatig. Voorheen hield de wet met dergelijke contractuele regelingen ook uitdrukkelijk rekening. Tot aan de invoering van de Flexwet, per 1 januari 1999, luidde artikel 7:677 lid 1 BW als volgt:

‘Ieder der partijen kan de arbeidsovereenkomst zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen doen eindigen, doch de partij die dit doet zonder dat de wederpartij daarin toestemt, is schadeplichtig, tenzij zij de dienstbetrekking aldus doet eindigen om een dringende, aan de wederpartij onverwijld medegedeelde reden.’

Onder de ‘voor opzegging geldende bepalingen’ waren aldus ook krachtens de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever in 1953 de contractuele opzeggingsbepalingen begrepen. Zoals ik hierboven al aangaf, moet een vertrekregeling daartoe worden gerekend.

Voor een goed begrip van de systematiek van het ontslagrecht op dit punt is nog steeds waardevol wat Levenbach daarover schrijft. Levenbach was de drijvende kracht achter de hedendaagse inrichting van het burgerlijkrechtelijk ontslagrecht, die in 1953 haar beslag kreeg. Hij formuleert de problematiek zo helder dat ik er de voorkeur aan geef hem uitgebreid te citeren, liever dan zijn woorden te parafraseren. Levenbach schrijft:

‘Voor de beëindiging geldende bepalingen zijn alle bepalingen, welke normen omtrent het einde van de dienstbetrekking vaststellen en rechtsgevolgen aan het niet-naleven van die normen verbinden.’¹⁸

‘Voorzover in een individueel arbeidscontract [...] een collectieve arbeidsovereenkomst of een regeling door of namens een bevoegd publiekrechtelijk orgaan op geoorloofde wijze van de wet afwijkende of deze aanvullende bepalingen over de in de hierboven genoemde wetsartikelen [Levenbach verwijst hier naar de voor opzegging geldende wetsbepalingen art.1639h lid 1, 1639i, 1639j, 1639v, 1639m BW en art. 40 en 239 WvK, en de toen ‘nieuwe’ bepalingen art. 1639h lid 2 en 3 BW, LvdH] geregelde zijden van het opzeggen opgenomen zijn, behoren ook deze in de concrete arbeidsverhouding, waarvoor zij gelden, tot de “voor opzegging geldende bepalingen”. [...] Doch ook bepalingen in contracten of bindende regelingen, welke andere dan de in de wetsartikelen reeds geregelde aspecten der opzegging betreffen, behoren tot de “voor opzegging geldende bepalingen”, zodat beëindiging zonder inachtneming van deze bepalingen de sanctie der schadeplichtigheid medebrengt, tenzij de bepalingen zelf een sanctie inhouden welke de wettelijke schadeplichtigheid terzijde stelt.’¹⁹

18 M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1954, p. 58.

19 Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, p. 97.

‘Tot de “voor opzegging geldende bepalingen” in art. 16390, eerste lid [thans art. 7: 677 BW, LvdH] behoort echter niet art. 1639s [thans art. 7:681 BW, LvdH]. Het kennelijk onredelijk ontslag vormt een onrecht van andere aard dan de opzegging in strijd met de regels [...]. Het heeft zijn eigen sancties en het begrip schadeplichtigheid omvat deze sancties niet mede.’²⁰

Dit betekent, zoals ik het begrijp, dat de wetgever de mogelijkheid van een contractuele invulling van de on‘regel’matigheid alsmede van de sanctionering daarvan heeft opengelaten maar dat bij afwezigheid van een ‘contractuele sanctionering’ de wettelijk geregelde schadeplichtigheid geldt. Die kan, zoals ik in het navolgende hoop uiteen te zetten, problemen opleveren indien de contractspartijen een opzegverbod afspreken dat moeilijk met schadeplichtigheid in de zin van de wet kan worden gesanctioneerd. Bij een contractuele vertrekpremie hoeft het intussen geen onoverkomelijke moeilijkheden op te leveren.

De Flexwet, berucht om haar slordigheden, versluiert door haar herformulering van artikel 7:677 lid 1 BW de mogelijkheid van het bestaan van contractuele onregelmatigheid. Omdat, helaas, de wetgever van de Flexwet van het begrip ‘doen eindigen’ af wilde, heeft hij artikel 7:677 lid 1 BW zijn huidige formulering gegeven. De vermelding van ‘de voor opzegging geldende bepalingen’ die, blijkens de hierboven weergegeven citaten van Levenbach mede betrekking hebben op contractuele regels, verdween daarmee uit dit wetsartikel. Nu de wetgever daaraan verder geen aandacht heeft geschonken, moet worden vastgesteld, dat hij de werking van de wet op dit punt niet heeft willen wijzigen. Hierop duidt ook artikel 7:681 lid 1 BW, waar de wetgever deze woorden wel heeft laten staan. In artikel 7:677 lid 2 BW heeft de wetgever van de Flexwet het nog bonter gemaakt door te suggereren, dat de onregelmatigheid enkel in een tijdsaspect van de beëindiging gelegen kan zijn. Die suggestie is duidelijk onjuist. Overtreding van contractuele regels met betrekking tot de eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst leidt nog steeds tot onregelmatigheid van het ontslag. Maar daarmee is het nog geen wet van Meden en Perzen dat de gouden handdruk zoals die is overeengekomen ook altijd daadwerkelijk in zijn geheel verschuldigd is. Om dat te illustreren vraag ik aandacht voor de sanctionering van de onregelmatigheid.

20 Levenbach, Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht, p. 98.

Sancties bij onregelmatig ontslag: schadeplichtigheid en vernietigbaarheid
 Onregelmatigheid levert schadeplichtigheid op en in sommige gevallen vernietigbaarheid van de opzegging.

Schadeplichtigheid

Schadeplichtigheid wil zeggen de verschuldigdheid van een gefixeerde schadevergoeding of van een volledige schadevergoeding (art. 7:677 lid 4 BW). Gefixeerde schadevergoeding bestaat uit het in geld vastgesteld loon voor de tijd, dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren. Volledige schadevergoeding betekent een vergoeding van alle schade die door het overtreden van de gestelde regel ontstaat en die bij betwisting moet worden bewezen.²¹ Reeds direct zij hierbij aangekend, dat de wetgever hier slechts de wettelijke tijdsbepalingen voor de opzegging voor ogen hebben gestaan en dat de wetgever met name niet heeft stilgestaan bij de mogelijkheid, dat partijen ook andersoortige afspraken kunnen maken. Hiervóór liet ik zien dat Levenbach deze gevolgtrekking wel heeft gemaakt, zij het dat hij haar niet heeft uitgewerkt. Betekent deze beperking van het gezichtsveld van de wetgever ook dat de volledige schadevergoeding, in casu de gouden handdruk, niet door de rechter zou kunnen worden gematigd? Deze vraag zal ik in het navolgende beantwoorden.

Heeft de rechter bij de kennelijke onredelijkheid een grote vrijheid bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding, bij de onregelmatigheid kan de rechter zo op het eerste gezicht slechts de gefixeerde schadevergoeding als bedoeld in artikel 7:680 BW binnen zekere grenzen matigen als zij hem met het oog op de omstandigheden van het geval bovenmatig voorkomt. Gefixeerde schadevergoeding in de zin van artikel 7:677 lid 4 jo. artikel 7:680 BW, een bedrag gelijk aan het loon over de periode dat, waren de wettelijke regels met betrekking tot tijdstip en termijn van de opzegging wel in acht genomen, betaald zou zijn, lijkt evenwel bij de gouden handdruk niet aan de orde aangezien het bij de gouden handdruk in de regel niet, zoals bij de wettelijke gefixeerde schadevergoeding, zal gaan om een tijdsvoorschrift met betrekking tot de opzegging.

Matiging van de contractueel bedongen beëindigingsvergoeding?

Kan de rechter de schadevergoeding matigen, die verschuldigd wordt als in strijd wordt gehandeld met een contractuele opzeggingsregeling? Een moeilijkheid bij het beantwoorden van deze vraag is, dat de wetgever de contrac-

21 HR 1 februari 1946, NJ 1946, 106 (Beks/Philips). Uit dit arrest blijkt dat dit niet alle schade betreft die een ontslag veroorzaakt. Zie daaromtrent L.H. van den Heuvel, *Praktijkboek Ontslagrecht* (losbl.), Deventer: Kluwer 2000, C.60.11.4.

tuele onregelmatigheid stiefmoederlijk heeft behandeld. Hierboven gaf ik al aan, dat de wetgever van de Flexwet zelfs de vermelding van de contractuele onregelmatigheid in de wet (art. 7:677 lid 1 BW), naar mijn oordeel onachtzaam, achterwege heeft gelaten. Een directe toepassing van de matiging van de gefixeerde schadevergoeding lijkt niet mogelijk aangezien de wet deze slechts kent in verband met de ontijdigheid van de opzegging. Zie artikel 7:680 lid 5 BW en artikel 7:680a BW. De vraag is of toepassing naar analogie wel mogelijk is als terzake van het niet nakomen van de bedongen gouden handdruk een gefixeerde schadevergoeding wordt gevorderd. Levenbach beantwoordt in 1954 deze vraag ontkennend. Hij schrijft:

‘[...] dat partijen de bescherming, welke de bepalingen omtrent kennelijk onredelijk ontslag beogen te geven, conventioneel niet kunnen uitsluiten of beperken, maar dat zij wel een bescherming tegen elkaars gedrag bij het doen eindigen kunnen overeenkomen, die verder gaat dan de rechten welke de wet toekent. Een dergelijke verdergaande bescherming behoort dan wettelijk niet zozeer tot de sfeer van het “kennelijk onredelijk ontslag”, waarbij de rechter steeds vrijheid van beoordeling in concreto behoudt, doch tot de “regels omtrent de beëindiging”, waarvan de strikte nakoming verlangd kan worden voorzover die regels zelf niet aan de rechter de bevoegdheid geven om matigend op te treden of naar billijkheid te beslissen.’²²

Bovendien kent de wet in het geheel geen matigingsbevoegdheid ten aanzien van de volledige schadevergoeding. Die is ook niet nodig aangezien de rechter bij de onregelmatigheid (in tegenstelling tot bij de kennelijke onredelijkheid)²³ tot niet meer schadevergoeding kan veroordelen dan er (materiële) schade (bewezen) is. Maar bij de niet nagekomen afspraak betreffende de gouden handdruk is volledige schadevergoeding feitelijk een door partijen gefixeerde schadevergoeding. De uiteindelijke vraag is dus of de matigingsbevoegdheid naar analogie kan worden toegepast als de contractuele regeling bestaat uit een gefixeerde schadevergoeding, gelijk bij de gouden handdruk het geval is. Heeft Levenbach (1954) dan toch het gelijk aan zijn zijde en is er ontslagrechtelijk niets te doen aan de onverdiende gouden handdruk? Alvorens deze vraag te beantwoorden, richt ik de aandacht eerst op de andere sanctie op onregelmatig ontslag, de vernietigbaarheid.

²² Levenbach, Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht, p. 74.

²³ HR 17 oktober 1997, JAR 1997/245 (Schoonderwoert/Schoonderwoerd).

Vernietigbaarheid

De schadeplichtigheid was voor wat betreft de onregelmatigheid zoals die in de wet was neergelegd, beperkt tot schadevergoeding wegens tijdsaspecten. De ontslagregelingen zoals de wet die kende, hadden daarop betrekking. Ook de opzegverboden waren immers als tijdsbepalingen ingericht: ontslag was niet geoorloofd *gedurende* de eerste twee jaren van de arbeidsongeschiktheid wegens ziekte noch *tijdens* de militaire dienst. Het waren feitelijk ontslagverboden 'wegens' die door de wetgever ingericht waren als ontslagverboden 'tijdens'. Vandaar de moeilijkheden waarin de wetgever terecht kwam toen hij in 1976 ontslagverboden 'wegens' ging invoeren, die niet meer als verboden 'tijdens' konden worden ingericht: wegens huwelijk, wegens bevalling. De wetgever heeft zich toen helaas beperkt tot een noodgreep. Dat heeft ons toen het huidige artikel 7:677 lid 5 BW opgeleverd, waarin bij overtreding van de opzegverboden de nietigheidssanctie is ingevoerd met uitsluiting van de schadeplichtigheid, waarmee de wetgever de werknemer de keuze tussen nietigheid en niets suggereert: misleiding door de wet. Dat de werknemer ook aan die keuze kan ontsnappen door een andere grondslag voor zijn vordering te kiezen, kennelijke onredelijkheid,²⁴ vertelt de wet er niet bij. Op die mogelijkheid hoort de arbeidsrechtadvocaat zijn cliënt te wijzen. Wat de wetgever wellicht had kunnen doen maar achterwege heeft gelaten, is de rechter bij de sanctionering van de onregelmatigheid een soortgelijke vrijheid te geven als deze bij de kennelijke onredelijkheid heeft.

De rechtspraak heeft intussen de helpende hand toegestoken. De pijn bij de vernietiging van de opzegging bestaat hierin, dat de werknemer na zijn ontslag zijn arbeid aanbiedt maar de werkgever deze niet kan accepteren zonder zijn standpunt prijs te geven, dat hij rechtsgeldig en correct ontslagen heeft. Tegenover de loonvordering van de werknemer staat aldus niet de geleverde arbeid. De werkgever draagt daarvan het risico. Buijs noemt dit in navolging van Scholtens een pseudo-vergoeding.²⁵ De hulp die de rechter kan bieden is, dat hij krachtens vaste rechtspraak van de Hoge Raad de loonvordering na vernietigd ontslag kan matigen naar analogie van de matiging van de wettelijke gefixeerde schadevergoeding.²⁶ De wetgever heeft deze rechtspraak per 1 januari 1999 met de Flexwet gecodificeerd in artikel 7:680a BW. De vraag die vervolgens rijst en die ik hierboven reeds aanstipte, is of de vrijheid die de rechter zich heeft toegekend in de rechtspraak omtrent de matiging van de loonvordering na een wegens overtreding van een wettelijk opzeggingsverbod vernietigd ontslag naar analogie van de matiging

²⁴ HR 29 september 1995, NJ 1996, 90, JAR 1995/232 (Arts/Kuijpers).

²⁵ D.J. Buijs, Ontslagvergoedingen: stand van zaken, SR 2003-9, p. 258-270; C.G. Scholtens, Systematiek ontslagrecht en afvloeiingsregelingen, ArbeidsRecht 1999/11 p. 15-21.

²⁶ HR 5 januari 1979, NJ 1979, 207, m.nt. PAS (Swaen/Van Hees; in een overweging ten overvloede).

van de gefixeerde schadevergoeding en die intussen gesanctioneerd is door de wetgever, ook kan worden aangewend bij de schadevergoeding die verschuldigd is na overtreding van een contractuele beëindigingsafspraken anders dan een tijdsbepaling betreffende de opzegging. Ik hoop deze vraag in de volgende paragraaf te beantwoorden.

Het voorgaande maakt duidelijk dat het probleem dat zich in 1976 voordeed, door de kunstgrepen van de invoering van de vernietigbaarheid van de opzeggingshandeling en de matiging van de loonvordering na vernietigd ontslag nog steeds niet volledig is opgelost. De wettelijke schadeplichtigheid na onregelmatig ontslag is alleen nog maar ingericht op die gevallen waarin de onregelmatigheid in de ontijdigheid is gelegen. Levenbach kon nu wel schrijven, dat 'beëindiging zonder inachtneming van deze [contractuele, LvdH] bepalingen de sanctie der schadeplichtigheid medebrengt, tenzij de bepalingen zelf een sanctie inhouden welke de wettelijke schadeplichtigheid terzijde stelt' en dat in 'gevallen van een collectieve regeling de daarbij voorziene middelen tot handhaving van de bepalingen waarschijnlijk van groter belang zijn dan de algemene wettelijke regeling der schadeplichtigheid', maar dat helpt ons niet bij het oplossen van het probleem, hoe de schadevergoeding na onregelmatige beëindiging (in de zin van schending van een contractuele afspraak die niet een tijdsaspect van de opzegging betreft) kan worden gematigd als daartoe aanleiding bestaat.

8 Een mogelijke oplossing

Hoe staat het nu met de mogelijkheid van matiging van de schadevergoeding na onregelmatig ontslag als die niet betrekking heeft op een tijdsaspect? De gefixeerde schadevergoeding die de wet kent in artikel 7:680 BW is niet rechtstreeks van toepassing. De matigingsbevoegdheid die de rechter terzake heeft krachtens artikel 7:680a BW, past ook alleen bij de tijdsaspecten waarop de wettelijke ontslagregels betrekking hebben. De gouden handdruk is eveneens te kwalificeren als een gefixeerde schadevergoeding, gefixeerd niet door de wetgever (art. 7:680 BW) maar door de contractspartijen. De schade bestaat uit het niet betalen van het bedrag dat partijen hebben afgesproken. Dat betekent in het geval van een niet nagekomen afspraak inzake een gouden handdruk, dat de volledige schadevergoeding en de gefixeerde schadevergoeding hier in feite samenvallen. De vraag is nu of de matigingsbevoegdheid van de rechter bij de wettelijke gefixeerde schadevergoeding van onregelmatigheid die is gelegen in de overtreding van de wettelijke regels met betrekking tot tijdstip en termijn van de opzegging, ook kan worden toegepast bij de contractuele gefixeerde schadevergoeding die betrekking heeft op andere aspecten dan het tijdstip en de termijn van de opzegging.

Voorzover de wettelijke regels niet alleen tijdsaspecten van de opzegging betreffen maar ook regels van andere aard, heeft de wetgever, in 1976, bij de invoering van de opzeggingsverboden wegens huwelijk, tijdens zwangerschap en wegens bevalling, de noodgreep van een andere sanctie toegepast: vernietigbaarheid met uitsluiting van schadeplichtigheid. (Hiervóór, in par. 7, gaf ik al aan, dat partijen aan die uitsluiting kunnen ontsnappen door een andere grondslag voor hun vordering te kiezen.) De angel van die vernietigbaarheidssanctie zit evenwel in de loonvordering waartegenover geen arbeid staat. Die kan hoog, onder omstandigheden naar het oordeel van de rechter te hoog, oplopen. In HR 5 januari 1979, NJ 1979, 207 (Swaen/Van Hees) gaf de Hoge Raad aan daarmee soepel om te gaan. Hij opende toen in een obiter dictum en contra legem de weg voor een matiging van de loonvordering na vernietigd ontslag naar analogie van de matiging van de gefixeerde schadevergoeding. Sedertdien heeft de Hoge Raad zijn standpunt niet gewijzigd. Wel gaf HR 1 juni 1990, NJ 1990, 715, m.nt. PAS, aan, dat de rechter bij de toepassing van de loonmatiging naar analogie een mate van terughoudendheid dient te betrachten, die met het uitgangspunt strookt, dat het er slechts om gaat een onaanvaardbaar resultaat (bijvoorbeeld van de vernietigbaarheidssanctie) te vermijden.²⁷ Uit HR 18 maart 1994, NJ 1995, 22, JAR 1994/91 wordt duidelijk, dat daarvoor op zich niet voldoende is, dat de verplichting tot loondoorbetaling voor de werkgever zwaarwegende gevolgen met zich brengt. Nu deze matigingsbevoegdheid naar analogie van de matiging van de gefixeerde schadevergoeding vaste rechtspraak is geworden, meen ik dat de omstandigheid, dat de wetgever onvoldoende heeft rekening gehouden met wat partijen aan ontslagregels afspreken, de rechter ook niet in de weg zal mogen staan bij het streven naar een evenwichtige rechtsbedeling. Zoals de rechter een stokje stak voor de (hoog)oplopende loonvordering na vernietigd ontslag door een bevoegdheid tot matiging te scheppen naar analogie van de matiging van de gefixeerde schadevergoeding, kan naar mijn oordeel de rechter thans ook de contractuele vertrekpremie naar analogie van de matiging van de gefixeerde schadevergoeding bij ontijdig ontslag matigen, zo deze hem met het oog op de omstandigheden van het geval bovenmatig voorkomt. Bij het vaststellen van de gefixeerde schadevergoeding in de gevallen waarin deze betwist wordt, zal de partijafpraak daaromtrent (de gouden handdruk) dan een belangrijke maar niet een beslissende rol kunnen spelen.

Ik realiseer mij zeer wel, dat het bovenstaande geen ideale oplossing is. Maar dat was de matiging van de loonvordering na een vernietigde opzegging naar analogie van de matiging van de gefixeerde schadevergoeding (thans art. 7:680 lid 5 BW) ook niet. Het ligt op de weg van de wetgever hier wat aan

27 In ongeveer gelijke zin HR 13 september 2002, JAR 2002/248.

te doen. Voor wat dit laatste betreft zijn mijn verwachtingen evenwel niet hoog gespannen. De wetgever vindt het wel goed zo: de rechter heeft het probleem immers verholpen. Deze houding van de wetgever is niet acceptabel aangezien zij de systematiek van het ontslagrecht belast. Een meer reguliere voorlopige oplossing, in afwachting van een grondige herziening van de systematiek van het ontslagrecht, zou hierin kunnen bestaan, dat in de wet aan de rechter bij de schadeplichtigheid een vrijheid van correctie van de overeengekomen vertrekpremie wordt toegekend, die beantwoordt aan de flexibiliteit die het ontslagrecht nodig heeft.

Het voorgaande betreft een oplossing binnen het wettelijk geregelde ontslagrecht. Een oplossing zou ook gevonden kunnen worden in bijvoorbeeld artikel 6:248 BW (de redelijkheid en de billijkheid). Een teruggrijpen op de algemene regels van het contractenrecht dient naar mijn oordeel eerst aan de orde te komen indien de oplossing niet binnen het ontslagrecht te bereiken is, met toepassing van specifieke ontslagrechtelijke regels. De Hoge Raad stelde in het arrest HAL/Van Werkhoven, oordelend over toetsing van een ontslag aan artikel 1374, lid 3 BW,²⁸ dat daarvoor geen plaats is, gelet op het specifieke toetsingscriterium, de genuanceerde uitwerking van de gevolgen en de korte verjaringstermijn van de regeling in artikel 1639s-t BW.^{29, 30} Naar mijn oordeel gelden voor de onregelmatigheid dezelfde argumenten als voor de kennelijke onredelijkheid. Het is naar mijn oordeel overigens niet eens een *conditio sine qua non*, dat die ontslagrechtelijke regels één op één op de casus passen: een overeenkomstige toepassing zou kunnen volstaan.

Een oplossing binnen het ontslagrecht is, tenzij deze te gekunsteld zou zijn, ook daarom te verkiezen boven een teruggrijpen naar het algemene contractenrecht, dat met dit laatste een stilzitten van de wetgever in de hand wordt gewerkt, waar deze zich juist actief zou moeten tonen om de systematiek van het ontslagrecht op een consistente wijze vorm te geven. Laat de wetgever dit bij voortduring na, zoals naar mijn overtuiging thans het geval is, dan levert dit uiteindelijk groot maatschappelijk nadeel op omdat een onduidelijk geregeld ontslagrecht de ontwikkeling van de natio-

28 Art. 1374 BW (oud): '1. Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken degenen die dezelve hebben aangegaan tot wet.

2. Zij kunnen niet herroepen worden, dan met wederzijdsche toestemming, of uit hoofde van de redenen welke de wet daartoe voldoende verklaart.

3. Zij moeten te goeder trouw worden ten uitvoer gebracht.'

29 Thans art. 7:681-683 BW.

30 HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441 (HAL/Van Werkhoven).

nale economie belemmert.³¹ De enkele constatering, dat de *lex specialis* niet een oplossing bevat voor de concrete casus, zou daarom onbevredigend zijn. Als een voorbeeld van een te gemakkelijk terugvallen op het algemene contractenrecht noem ik het arrest Deuss/Motelmaatschappij Holland (HR 1 december 1989, NJ 1990, 451). Het ging daar om een ontbinding om een dringende reden. De wet kent in artikel 7:685 lid 8 BW de mogelijkheid van een ontbindingsvergoeding, die mede de gevolgen van de ontbinding (het verlies van de arbeidsovereenkomst als zodanig) kan betreffen, enkel in het geval van veranderingen in de omstandigheden. Voor een vergoeding bij een ontbinding om een dringende reden moest men teruggrijpen naar artikel 7:677 lid 3 BW. Het bezwaar daarvan is, dat de schadeplichtigheid waarvan in dit voorschrift sprake is, een vergoeding meebrengt van de schade die voortvloeit uit (enkel) het niet in acht nemen van de wettelijke (en contractuele) regels met betrekking tot de tijdigheid van de opzegging. Vergoeding dus voor het 'voortijdig' ontslag en niet voor (de gevolgen van) het ontslag als zodanig. In plaats van hier de inconsistentie in de wetgeving te signaleren en daarvoor een oplossing binnen het ontslagrecht te zoeken, bedekt de Hoge Raad haar (op aangeven van het cassatiemiddel) met de mantel der liefde, dat wil zeggen met een oplossing in de sfeer van de het algemene contractenrecht, de toepassing van het leerstuk van de wanprestatie. Dat betreur ik.³² Had de Hoge Raad hier zich geconcentreerd op het zoeken naar een oplossing binnen het ontslagrecht dan was hij tot een dieper inzicht gekomen in de structuur van het ontslagrecht dan nu het geval lijkt te zijn. Ik doel hier met name op het onderscheid tussen het forfaitaire karakter van de opzeggingsvoorschriften en het feitelijke karakter van de kennelijke onredelijkheidstoetsing. Dan had de Hoge Raad namelijk kunnen vaststellen, waarom artikel 7:677 lid 3 BW het beoogde doel, namelijk vergoeding wegens de gevolgen van de beëindiging door de kantonrechter, niet kan dienen. Dat zou er mijns inziens ook toe hebben geleid, dat de Hoge Raad niet zou zijn gekomen tot zijn rechtspraak inzake de kennelijke onredelijkheid door de gevolgen van een overigens terecht ontslag op staande voet om een dringende reden³³ onder meer omdat hij daarin een osmose bewerkstelligt

31 Een voorbeeld is de regeling van het concurrentiebeding. In de oude noch in de nieuw voor- gestelde regeling van het concurrentiebeding (Kamerstukken II 2001/02, 28 167) houdt de wetgever rekening met de tweeledige uitwerking (forfaitair en feitelijk) van het uitgangspunt, dat ontslag geen onrecht mag zijn. Het concurrentiebeding vervalt wel bij schadeplichtigheid ten gevolge van (sommige soorten van) onregelmatigheid maar niet bij door de rechter vastgestelde kennelijke onredelijkheid.

32 Zie mijn bijdrage Nog steeds een lacune in het burgerlijkrechtelijk ontslagrecht, ARA 2003/1, p. 78-84.

33 HR 12 februari 2002, JAR 2002/102.

tussen de (forfaitaire) regeling van de onregelmatigheid en de (feitelijke) kennelijke onredelijkheidstoetsing. Die wijs ik (nog steeds) met kracht af.³⁴

Vaststellingsovereenkomst?

Mochten beide partijen, om bovenstaande gevolgen van ontbinding, kennelijke onredelijkheid en onregelmatigheid, te omzeilen en zelf de regie over de beëindigingsvergoeding te behouden, een vaststellingsovereenkomst overwegen, dan laten zich drie momenten denken waarop zij deze kunnen sluiten: 1. voorafgaand aan het ontstaan van onenigheid tussen partijen, bijvoorbeeld bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst; 2. na het ontstaan van het conflict maar vóór zij zich ermee tot de rechter wenden; 3. nadat de rechter een oordeel heeft gegeven omtrent het ontslag c.q. na de ontbindingsbeschikking (onder toekenning van een vergoeding).

In geen van de drie hierboven genoemde situaties kan de vaststellingsovereenkomst evenwel naar mijn oordeel tot het resultaat leiden dat (beide!) partijen voor ogen hebben. Ik werk dit standpunt hierna uit voor het geval dat zich wellicht het meest voordoet bij topmanagers, de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Het hiernavolgende geldt overigens overeenkomstig bij kennelijk onredelijk en onregelmatig ontslag.

Ad 1

Partijen kunnen niet op voorhand de bevoegdheid van de rechter tot het matigen van de tussen hen overeengekomen gouden handdruk kortsluiten. Een overweging van de partijen om dit te bewerkstelligen zou bijvoorbeeld kunnen zijn, dat zij de ontbinding willen gebruiken als legitimatie voor het verkrijgen van een WW-uitkering, maar tegelijkertijd (sub rosa) een beëindigingsvergoeding overeenkomen die hoger uitkomt dan het bedrag aan billijke vergoeding dat de kantonrechter naar hun verwachting op zal leggen op basis van artikel 7:685 lid 8 BW. Dit lijkt op een pro forma ontbinding. Nu zal de rechter in dergelijke gevallen in de regel de vergoeding toekennen die partijen zijn overeengekomen zonder dat hij zich daaromtrent een oordeel aanmatigt. De vraag die daarbij rijst is, of deze handelwijze van de rechter een juiste is. Het geval kan zich voordoen dat de partij die zich bij een vaststellingsovereenkomst ex ante verplicht heeft de vertrekpremie te betalen, tot het nader inzicht is gekomen, dat hij veel te veel zal betalen. Hij kan dan de rechter vragen te ontbinden met een lagere vergoeding dan is overeengekomen. De eerdere vaststellingsovereenkomst bindt niet omdat zij niet door dwingend recht – en daarvan is bij artikel 7:685 BW sprake – vermag heen te breken.

34 L.H. van den Heuvel, *Ontslag op staande voet, kan dat nog?* ArA 2001/2, p. 81-98.

Ad 2

De vaststellingsovereenkomst krachtens artikel 7:902 BW kent in beginsel wel de mogelijkheid om van dwingend recht af te wijken. Het verschil met de vaststellingsovereenkomst ex artikel 7:900 BW is, dat het conflict dat partijen verdeeld houdt binnen hun horizon ligt. Toch kan naar mijn oordeel ook deze vaststellingsovereenkomst ex artikel 7:902 BW de kantonrechter niet binden en de ontbinding koppelen aan een hogere vergoeding dan de kantonrechter voornemens is toe te kennen, aangezien zij dan naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Zie in dit verband HR 21 april 1995, NJ 1997, 570 (Schmitz/Caspers).³⁵ Slechts indien de strijd met dwingend recht een onbedoeld bijproduct is van het overeengekomen kan dit anders liggen. Een voorbeeld: het vangstverbod van kabeljauw wordt niet overtreden door de onbedoelde bijvangst van een beperkte hoeveelheid kabeljauw door de visser van platvis. Zodra het de kennelijke bedoeling van de visser is een substantiële hoeveelheid kabeljauw te vangen, handelt hij in strijd met de van toepassing zijnde regels. De kennelijke bedoeling van partijen om voor wat betreft de ontbindingsvergoeding de kantonrechter kort te sluiten zal, meen ik, snel aannemelijk gemaakt kunnen worden. Bovendien zal, als het conflict tussen werkgever en werknemer eenmaal is uitgebroken, de werkgever niet meer bereid zijn in te stemmen met een hogere vergoeding dan die waartoe de kantonrechter zal besluiten aangezien hij inmiddels met de slechte prestatie van de topmanager is geconfronteerd.

Ad 3

Na de ontvangst, ten slotte, van de ontbindingsbeschikking met toekenning van een vergoeding aan de werknemer staat het partijen vrij daaromtrent anders overeen te komen dan de kantonrechter beslist heeft. Over hun vermogen hebben partijen immers de vrije beschikking. Maar ik neem aan dat in dat stadium de werkgever van de slecht presterende topmanager niet meer bereid zal zijn om met deze een andersluidende afspraak te maken over een hogere beëindigingsvergoeding. Dit zou namelijk neerkomen op een afstand van recht.

9 Tot slot

In het bovenstaande meen ik te hebben aangetoond, dat de gouden handdruk die de topmanager bij zijn aantreden heeft bedongen, geenszins veilig is als hij de verwachtingen die hij heeft gewekt niet waarmaakt. Zij zal door

³⁵ Zie over HR 21 april 1995, NJ 1997, 570 (Schmitz/Caspers), A. Stege, De vaststellingsovereenkomst en de CAO, SMA 2002/10, p. 514-523.

de rechter kunnen worden gematigd naar analogie van de matiging van de loonvordering na vernietigd ontslag. Dit betreft een oplossing binnen het ontslagrecht. Naar mijn oordeel behoeft hiervoor niet te worden teruggegrepen op het algemene contractenrecht. Een juridisch elegante oplossing is het niet, maar wel een die het rechtsgevoel kan bevredigen.

De in dit artikel besproken problematiek betreft vooral het systeem van het ontslagrecht. Ons ontslagrecht is zo ondoorzichtig geworden, dat het wel lijkt of de wetgever echte veranderingen niet meer aandurft. Het is tekenend voor de houding van de wetgever, dat de problemen die ik hierboven aan de orde stelde, niet zijn meegenomen bij de Flexwet noch bij de instelling van de Adviescommissie Duaal Ontslagrecht (ADO). Het betreft hier een lacune in het ontslagrecht, die de wetgever kennelijk niet opmerkt. Het is overigens niet het enige vraagstuk in het huidige ontslagrecht, dat ernstige aandacht vraagt van de wetgever. In het navolgende noem ik er kort enkele bij wijze van voorbeeld. Een probleem is, dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter in zaken op tegenspraak nog steeds geschiedt in een extrajudiciële procedure waarin hoger beroep en cassatie van de inhoudelijke beslissing ontbreken. Verder is daar de incongruentie tussen het (afkoopbare) herstel van de dienstbetrekking na ontijdig respectievelijk kennelijk onredelijk ontslag en de (niet afkoopbare) vernietiging van de opzegging na overtreding van een opzegverbod. Ook de bestaande pro forma praktijk bij ontbindingen (de aansluiting van het ontslagrecht op de WW) zal op de helling moeten. Ten slotte maakt berekening van de ontbindingsvergoedingen krachtens de kantonrechtersformule het ontslagrecht onnodig duur: een 'neutrale' ontbinding levert vaak een vergoeding op, terwijl een vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag bijvoorbeeld een flinke mate van verwijtbaarheid eist.³⁶ Argumenten daarvoor, zoals de non-appellabiliteit van de ontbindingsbeslissing en de mogelijkheid van het intrekken van het ontbindingsverzoek, zijn mijns inziens niet valide.³⁷ Hier ligt terrein braak voor de wetgever: er is veel achterstallig onderhoud. De problematiek rond de gouden handdruk is maar één voorbeeld dat aangeeft, dat met herstel haast geboden is want het gebouw van het ontslagrecht is qua systematiek bouwvallig geworden.

³⁶ In dit verband is opmerkelijk dat schade als factor voor de ontbindingsformule geen onderdeel vormt van de kantonrechtersformule. Zie G.C. Boot, Ontslagvergoedingen: grondslag, vormen en toekomst, SMA 1999/9, p. 406-417; A.M. Luttmer-Kat, De rechtsgrond van (forfaitaire) ontslagvergoedingen, SMA 1999/10, p. 435-441, i.h.b. p. 437 l.k. 'Echte schade behoort niet naar billijkheid te worden vergoed.' Aldus D.J. Buijs, Ontslagvergoedingen: de stand van zaken, SR 2003-9, p. 258-270, i.h.b. p. 264 l.k.

³⁷ Zie bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 10 januari 2003, JAR 2003/105.